



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2009

Quod non est in actis non est in mundo. Standards und Modi der Sachverhaltsfeststellung in gerichtlichen Verfahren

Estermann, Josef

Abstract: The empirical material concerning the Swiss forensic practice presented here sheds light on the manner of how “forensic truth”, i.e. judicial facts are produced and what kind of standards are used. In Switzerland, such standards are poor or not developed. The study shows a secondariness of statutory substantive law on the forensic decision in comparison to the construction of judicial facts and the everyday knowledge of judges. This finding contrasts with the poor or absent code of practice, especially in criminal procedures. The secondariness of statutory substantive law and poor standards of the production of judicial facts in the judicial practice corresponds with the increasing importance of everyday knowledge of judges for the decision making. This contains in itself the danger of a compelling influence of the everyday knowledge of judges on the judicial decisions without any means of control.

Other titles: Quod non est in actis non est in mundo. Standards and modes of the construction of judicial facts in judicial decision-making

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-90635>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Estermann, Josef (2009). Quod non est in actis non est in mundo. Standards und Modi der Sachverhaltsfeststellung in gerichtlichen Verfahren. In: Estermann, Josef. Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit, Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung: Beiträge zum Kongress "Wie wirkt Recht?" Luzern 2008. Bern (Switzerland): Stämpfli, 180-192.

Josef Estermann

Quod non est in actis non est in mundo. Standards und Modi der Sachverhaltsfeststellung in gerichtlichen Verfahren

Zusammenfassung

Das hier gesammelte empirische Material zur forensischen Praxis in der Schweiz wirft ein Schlaglicht auf Modi der Sachverhaltsfeststellung und auf Protokollierungsstandards. Solche Standards sind in den forensischen Verfahren kaum entwickelt.

Die Untersuchung zeigt eine nachrangige Bedeutung der positiven Normen gegenüber der Rekonstruktion des Sachverhalts und des Alltagswissens der Richterschaft in der Entscheidungsfindung. Dieses Ergebnis kontrastiert mit fehlenden oder knappen Normen zur Regelung der Sachverhaltsermittlung, insbesondere im Strafverfahren.

Die Nachrangigkeit des positiven Rechts und schwache Erhebungsstandards in der Praxis bergen, bedingt durch den Bedeutungsgewinn des richterlichen Alltagswissens für Gerichtsentscheide, die Gefahr eines unreflektierten und unkontrollierbaren Durchschlagens dieses Alltagswissens auf die Entscheide.

Quod non est in actis non est in mundo. Standards and modes of the construction of judicial facts in judicial decision-making.

Summary

The empirical material concerning the Swiss forensic practice presented here sheds light on the manner of how “forensic truth”, i.e. judicial facts are produced and what kind of standards are used. In Switzerland, such standards are poor or not developed.

The study shows a secondariness of statutory substantive law on the forensic decision in comparison to the construction of judicial facts and the everyday knowledge of judges. This finding contrasts with the poor or absent code of practice, especially in criminal procedures.

The secondariness of statutory substantive law and poor standards of the production of judicial facts in the judicial practice corresponds with the increasing importance of everyday knowledge of judges for the decision making. This contains in itself the danger of a compelling influence of the everyday knowledge of judges on the judicial decisions without any means of control.

1. Einleitung, Hypothesen und Methoden

Was nicht in den Akten steht (was nicht als Sachverhalt „erstellt“ ist), ist nicht in der Welt (soll nicht Grundlage einer Rechtsentscheidung sein): Dieses apodiktisch formulierte Rechtsspruchwort mag für Nicht-Juristen wohl widersinnig erscheinen, besteht doch die Alltagswelt beileibe nicht nur aus Akten. Natürlich schwingt hier eine spezifisch juristische Ironie mit: Unbestrittenerweise bezieht sich ein Urteil auf eine Welt, die nicht ausschließlich durch Akten zu fixieren ist. Die prozedurale Maxime „quod non est in actis“¹ fordert für den juristischen Entscheidungsprozess eine zuverlässige und nachvollziehbare Vorgehensweise bei der Sachverhaltserstellung und eine Fixierung der dem Entscheid zu Grunde liegenden Tatsachen. Sie steuert im Gerichtsverfahren und weitgehend auch außerhalb der gerichtlichen Entscheidungsfindung den ganzen Komplex der Sachverhaltsermittlung und letztendlich den justiziablen Sachverhalt überhaupt.² Festzustellen bleibt eine Diskrepanz von forensischen Verfahren und alltagsweltlichen Vorstellungen über den „wahren“ Sachverhalt, über „alles, was der Fall ist“.³

Gegenstand der hier vorgestellten Untersuchung sind die Standards und Modi der Protokollierung des Sachverhalts in juristischen Verfahren des Schweizerischen Rechtswesens. Berücksichtigt werden Verfahren vor staatlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten.

Die Forschungsfragestellung bezieht sich a) auf den Grad der Standardisierung der Sachverhaltsermittlung, b) auf die verschiedenen Modi der Beweiserhebung und c) das Verhältnis von Sachverhaltsermittlung und positivem Recht im forensischen Verfahren.

Die zentralen Forschungshypothesen lauten:

- 1) Mangelnde (fehlende) Standardisierung der Sachverhaltsermittlung wird von den Beteiligten nicht durchgehend (nicht mehrheitlich) als problematisch wahrgenommen.
- 2) Aus der Verwendung unterschiedlicher Modi ergibt sich kein Legitimitätsdefizit.
- 3) Sachverhaltsermittlung und positives Recht sind bei der Urteilsfindung gleich gewichtet.

¹ Das Diktum „Quod non est in actis non est in mundo“ wird gelegentlich unzutreffenderweise M. Tullius Cicero zugeschrieben. Beim Bemühen, das Diktum bei den römischen Klassikern, in den Codices, den Pandekten oder den Digesten zu finden, war ich nicht erfolgreich. Das Diktum findet sich jedoch als Prozessmaxime bezüglich der Verschriftung von mündlichen Verfahren vor dem Reichskammergericht bereits in der frühesten gedruckten juristischen Literatur. Es liest sich auch „Quod non legitur non creditur“, enthält also die Schriftlichkeitsmaxime (vgl. Augustinus 1544, Dick 1981).

² Der justiziable Sachverhalt ist immer das Resultat eines Transformationsprozesses von faktischem (alltagsweltlichem) sozialen Handeln in dessen Darstellung, vgl. u.a. Hart (1951), Sack (1969), Estermann (1984: 19ff).

³ Wittgenstein (1977: 11, I).

Das Datenmaterial umfasst 31 themenzentrierte narrative Interviews mit Schweizer Juristinnen und Juristen aus dem Jahre 2008. Sie dauerten zwischen 45 und 95 Minuten und wurden auf Tonband aufgezeichnet und transkribiert.

Diese in den Sozialwissenschaften, nicht aber in der Forensik übliche Vorgehensweise zur Aufzeichnung einer Interaktion zum Zwecke ihrer anschließenden Interpretation ist gleichzeitig eine mögliche Vorgehensweise bei der Sachverhaltsermittlung, also ein (allerdings nicht üblicher) Modus der Sachverhaltsfeststellung in einem forensischen Verfahren oder einem Ermittlungsverfahren.

Die Gesprächspartner erhielten vor der Terminvereinbarung zum Gespräch eine kurze Beschreibung des Forschungsvorhabens und einen Themen- beziehungsweise Fragenkatalog, der während des narrativen Interviews als Gesprächsrahmen diente.

2. Zur Bedeutung der Protokollierung in der gerichtlichen Rechtsfindung

Die Maxime „quod non est in actis“ ist mit zwei Erfordernissen und einer Einschränkung verknüpft. Eine Erfordernis ist die *Zuverlässigkeit*, die *Adäquanz* der Abbildung der Lebens- oder Alltagswelt durch die Akten, die zweite ist die *analytische Trennung* der Faktenerhebung vom juristischen Subsumtionsprozess⁴, oder nicht-juristisch ausgedrückt, die Zuordnung und Beurteilung dieser Fakten im Hinblick auf die in Frage kommenden Rechtsnormen. Die Einschränkung ist durch das Unmittelbarkeitsprinzip gegeben, welches sich auf die eigensinnliche Wahrnehmung der RichterIn oder des Richters und die Zeugenbefragung in Anwesenheit des Gerichts stützt. Die beiden Erfordernisse und die Einschränkung sollen sicher stellen, dass ein Entscheidungsverfahren nicht jenseits sämtlicher sozialer Fakten steht, welche die außer-juristische Lebenswelt bestimmen. Die Trennung von Subsumtion und Sachverhaltsermittlung im Verfahren soll garantieren, dass eine intendierte Rechtsfolge sich nicht von Vornherein den dazu passenden Sachverhalt schafft.

Zu differenzieren ist weiterhin in zwei Dimensionen: a) Im Gegensatz zur richterlichen Arbeit ist die praktische anwaltschaftliche Tätigkeit durchaus und von Vornherein auf eine Sachverhaltskonstruktion im Hinblick auf eine gewünschte Rechtsfolge (im Interesse der vertretenen Partei) ausgerichtet, aber einem kontradiktorischen Verfahren unterworfen. b) Im Strafverfahren finden sich im Gegensatz zum zivilrechtlichen immer und obligat Herrschaftsaspekte, was zu einer Asymmetrie bei der Sachverhaltsrekonstruktion im Ermittlungsverfahren führt.

Die Feststellung des Sachverhalts ist die Grundlage jeder normativen Entscheidung. Der justiziable Sachverhalt ergibt sich aus materiellen beziehungsweise materialisierten Darstellungen wie beispielsweise Fotografien, Videoaufnahmen, schriftlich verfassten Texten oder Berechnungen. Ihr Wahrheitsgehalt misst sich an deren *Authentizität* und deren Nachvollziehbarkeit, sie sind ungültig, wenn sie als Fälschungen qualifiziert werden.

⁴ Zur Trennbarkeit von Subsumtion und Sachverhaltsfeststellung vgl. Estermann (1986: 117ff).

Zeugenaussagen sind zwar ebenfalls materielle Darstellungen eines Sachverhalts, das Wahrheitskriterium ist hier allerdings nicht die Authentizität, sondern die *Glaubwürdigkeit*. Zeugenaussagen sind ungültig, wenn sie als Lügen qualifiziert werden. Der Begriff der Lüge ist nun aber etwas, was uns – nicht nur als Juristinnen und Juristen – einige Schwierigkeiten bereitet. Die Psychologie lehrt uns, dass die subjektive Wahrnehmung, welche das Wissen um ein Faktum begründet, gelinde gesagt, verzerrungsanfällig ist. Schon Friedrich Nietzsche, einer der Begründer der abendländischen Psychologie, beschrieb diesen Umstand: Das Ich ist in der Lage jeden Sachverhalt, von dessen Wahrheit es überzeugt ist, gegen jeden materiellen Widerspruch durchzusetzen. Davon können Untersuchungsrichter ein Lied singen: „Haben Sie das gesehen?“ „Ja.“ „Aber da wo Sie standen, hatten Sie doch gar keinen Einblick!“ „Dann muss ich weiter vorne gestanden haben.“ Eine Lüge? Zu der Problemlage der intraindividuellen Konstruktion von Wahrheit gesellt sich noch die Problemlage der interindividuellen, kollektiven Konstruktion von Wahrheit. Ein radikaler Konstruktivismus⁵ ist jedoch als materielle Entscheidungsgrundlage für die Rechtswissenschaft wenig geeignet, denn die Folgen der Rechtsentscheidung beschränken sich nicht auf Begriffe, Ideologien oder Theorien, sondern bestimmen materiell beträchtliche individuelle und soziale Folgen wie langjährige Gefängnisaufenthalte, Vermögensverluste oder -gewinne und Erwerbsmöglichkeiten beispielsweise.

Die europäische Rechtspraxis belässt es in der Regel bei der Sachverhaltsfeststellung oder -darstellung – ohne Anrufung eines höheren Wesens – bei der Ermahnung des Zeugen oder der Zeugin, die „Wahrheit“ zu sagen und verzichtet im Gegensatz zu der amerikanischen Rechtspraxis auf die Bibel und den Schwur. Der Zeugenbeweis gilt im kontinentaleuropäischen juristischen Kontext als schwach, schriftliche Beweismittel werden in der Praxis bevorzugt.

Der Zeugenbeweis leidet unter zwei Diskrepanzen, die seine Schwäche begründen, nämlich wie bereits ausgeführt a) zwischen dem nicht aufgezeichneten „objektiven“ oder „materiellen“ Sachverhalt und dessen Wahrnehmung, der Erinnerung, der Interpretation des Zeugen sowie b) zwischen der Aussage der Zeugin oder des Zeugen und deren Protokollierung.

Die Sachverhaltsermittlung (je nach theoretischem Kontext als Sachverhaltserstellung, Sachverhaltsproduktion, -feststellung oder -darstellung, Sachverhaltskonstruktion oder -rekonstruktion zu bezeichnen) steht nicht im Zentrum der juristischen Dogmatik. Insbesondere sind konkrete Vorschriften zur Zeugeneinvernahme und Protokollführung im Beweisverfahren in den Prozessordnungen spärlich und die Prinzipien des Beweisverfahrens neben den positiven Beweislastregeln kaum ausgeführt. Die Maxime der freien richterlichen Beweiswürdigung ist die vornehme Form der Juristerei, sich der wissenschaftlichen Analyse der schwer zugänglichen Grauzone der „faits sociaux“ und deren Übersetzung in justiziable Sachverhalte zu entschlau-

⁵ Schon das „Credo quia absurdum“ des Tertullian zeigt die Vorteile des Konstruktivismus gegenüber der 1000 Jahre späteren Scholastik mit ihren logisch abgeleiteten Gottesbeweisen: Gott existiert selbstverständlich, wenn wir nur an ihn glauben.

gen. Der Juristenstand verlässt sich hier gerne auf das Alltagswissen, das heißt die individuellen Vorstellungen der Richterin oder des Richters von der Welt außerhalb des Gerichtssaals oder außerhalb des fachlichen Gutachtens⁶. Welche Verzerrungen und Benachteiligungen bestimmter sozialer Gruppen sich dadurch ergeben, hat die klassische Justizforschung, wie sie im deutschen Sprachraum etwa Erhard Blankenburg betrieb, in aller Deutlichkeit gezeigt. Zu Unrecht wird die Justizforschung von bekannten aktuellen Modeströmungen der Soziologie und der Rechtssoziologie als nicht mehr im Zentrum des wissenschaftlichen Interesses stehend betrachtet. Ist nämlich Recht und Justiz ein abgeschottetes, autopoietisches Subsystem, hat das Außerrechtliche dort tendenziell nichts mehr zu suchen. Die sozialen Fakten, welche die Lebenswelt der Beteiligten bestimmen, befinden sich jedoch weitgehend außerhalb des möglicherweise autopoietischen juristischen Normsystems und der professionellen Kommunikationsstrukturen von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Sie erschließen sich, wie von Durkheim (1894) gefordert, in erster Linie durch die naturwissenschaftliche Betrachtung von Gesellschaft, von Struktur und Handeln (Parsons 1980) als „choses“. Standards für die adäquate, valide und reliable „Erstellung“ des Sachverhalts bilden deshalb ein neben der Dogmatik und dem positiven Recht wichtiges, wenn nicht gar zentrales Qualitätskriterium für die Rechtssprechung.

3. Prozessrechtliche Standards in der Schweiz

Das Schweizer Rechtswesen ist geprägt durch eine große Vielfalt von Prozessordnungen, da die diesbezügliche Regelungskompetenz bis auf wenige Ausnahmen bei den Kantonen liegt. Ein zweites Merkmal des Schweizer Rechtswesens ist die regional und lokal hochdifferente Gerichtsorganisation, welche die praktische Möglichkeit der Prozessführung durch die nicht-lokale Anwaltschaft massiv einschränkt.

So differieren auch die Modi der Protokollführung und die Minimalstandards sind niedrig angesetzt. Es fällt auf, dass sich auch die Prozessordnungen bezüglich Standards der Sachverhaltsermittlung vornehm zurückhalten oder mit unbestimmten Rechtsbegriffen operieren. Die Schweiz leistet sich mit ihren knapp acht Millionen Einwohnern mehr als sechzig Prozessordnungen und führt Prozesse in fünf Spra-

⁶ Gutachten werden in erster Linie im Bereich der Medizin, insbesondere der Psychiatrie und gelegentlich im Bau- und Ingenieurwesen angefordert. Hier vertraut der Juristenstand entweder nicht auf sein Alltagswissen oder er möchte sich durch die Fachleute vom Entscheid bezüglich des Sachverhalts entlasten. In der Schweiz beispielsweise hat das psychiatrische Gutachten sogar auf Verfassungsstufe Erwähnung gefunden. In einer Volksabstimmung wurde im Jahre 2004 folgende Norm in die Verfassung aufgenommen (Art. 123a Abs. 1 BV): „Wird ein Sexual- oder Gewaltstraftäter in den Gutachten, die für das Gerichtsurteil nötig sind, als extrem gefährlich erachtet und nicht therapierbar eingestuft, ist er wegen des hohen Rückfallrisikos bis an sein Lebensende zu verwahren.“

Das zeigt, dass nicht nur vorschnelle parlamentarische Gesetzgebung (Kreutzer und Bartsch in diesem Buch: 99ff), sondern auch Volksabstimmungen zu bedenklichen materiellen Ergebnissen und Menschenrechtsproblematiken führen können.

chen. Erst in allerjüngster Zeit sind prozessrechtliche Vereinheitlichungsbemühungen von Erfolg gekrönt.⁷ Der politische Wille zur Umsetzung von bundeseinheitlichen Prozessnormen ist vorhanden. Die Gerichtsorganisationsnormen bleiben jedoch nach wie vor disparat. Insgesamt ist das Vorgehen bei der Sachverhalts(re)konstruktion nicht umfassend durch positive prozessuale Normen spezifiziert.

4. Empirische Ergebnisse

Zu den Protokollierungsvorschriften spricht das Datenmaterial, welches durch Interviews gewonnen wurde, für sich: (4,1,30) *Paragraf 67, Absatz 2, Litera c und 68 ZPO da sehen Sie da ist praktisch nichts und in der StPO ist es Paragraf 46 ... 64 Absatz 1 und Paragraf 176, Absatz 1, die geben alle nicht viel her.*⁸

Die prozedurale Reduktion „quod non est in actis non est in mundo“ zwingt die Verfahrensbeteiligten, den Sachverhalt zu verschriften. Der Sachverhalt wird in eine nachvollziehbare und überprüfbare Form gegossen, und allein diese Form soll entscheidungsrelevant sein, das „wirkliche“ Geschehen hat keine Relevanz mehr. Auch der anwaltliche Schriftverkehr dient zu einem wesentlichen Teil der Produktion der Beweise, der verschrifteten Sachverhaltsdarstellung. Das folgende Datenmaterial

⁷ Art. 235 der neuen Schweizer Bundeszivilprozessordnung (Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO vom 19. Dezember 2008, Ablauf der Referendumsfrist 16. April 2009) enthält nur eine Vorschrift zur Protokollierung der Verhandlung. Abs. 1 hält die Minima fest: „Das Gericht führt über jede Verhandlung Protokoll. Dieses enthält insbesondere: a. den Ort und die Zeit der Verhandlung; b. die Zusammensetzung des Gerichts; c. die Anwesenheit der Parteien und ihrer Vertretungen; d. die Rechtsbegehren, Anträge und Prozesserkklärungen der Parteien; e. die Verfügungen des Gerichts; f. die Unterschrift der protokollführenden Person.“

Abs. 2 enthält eine Kann-Vorschrift zur Aufzeichnung: „Ausführungen tatsächlicher Natur sind dem wesentlichen Inhalt nach zu protokollieren, soweit sie nicht in den Schriftsätzen der Parteien enthalten sind. Sie können zusätzlich auf Tonband, auf Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet werden.“ (BB1 2009/1:21 vom 6. Januar 2009).

Zu Standards bezüglich Sachverhaltsermittlungen außerhalb von Verhandlungen (außer bei Ortsterminen) schweigt sie sich aus.

Die Regelungen der Schweizer Strafprozessordnung (Schweizerische Strafprozessordnung, StPO vom 5. Oktober 2007, Ablauf der Referendumsfrist: 24. Januar 2008, BB1 2007/42:6977) sind ausführlicher und genauer. Die Protokollierung ist in Art. 76-79 geregelt. Art. 76 Abs. 4 StPO: Sie (die Verfahrensleitung) kann anordnen, dass Verfahrenshandlungen zusätzlich zur schriftlichen Protokollierung ganz oder teilweise in Ton oder Bild festgehalten werden. Sie gibt dies den anwesenden Personen vorgängig bekannt.

Art. 78 StPO bezüglich Einvernahmeprotokollen:

1 Die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen werden laufend protokolliert.

2 Die Protokollierung erfolgt in der Verfahrenssprache, doch sind wesentliche Aussagen soweit möglich in der Sprache zu protokollieren, in der die einvernommene Person ausgesagt hat.

3 Entscheidende Fragen und Antworten werden wörtlich protokolliert.

⁸ Das Datenmaterial ist hier immer *kursiv* wiedergegeben und mit (Interviewnummer, Transkriptseite, Tonbandzählernummer) ausgewiesen.

stammt von einem Anwalt. Alle Anwälte und Anwältinnen in der Schweiz haben ausbildungsbedingt Erfahrungen als Gerichtsschreiber bzw. Gerichtsschreiberinnen gesammelt: (17,2,110) *Was mir als Sekretär [scil. Gerichtsschreiber] aufgefallen ist, ist die Bedeutung des geschriebenen Wortes, welches massiv Gewicht hat. Wenn es einmal aufgeschrieben ist, in dem Protokoll, vergisst das niemand mehr ... die roten ... die roten Einvernahmen der Staatsanwaltschaft. Das ist also wie in Stein gemeisselt, ist dort dann ... ist auf den Wortlaut abgestellt worden, obwohl der Wortlaut, hm ... (E) ... ist ja eh eine Übersetzung (17) ... das ist es, ja ja.*

Wenn bei höheren Gerichten die Kognition eingeschränkt ist – das heißt, dass höhere Gerichte von der Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanzen nicht mehr abrücken (dürfen) und nur noch die Rechtsfrage überprüfen – ist das eine Konsequenz dieser prozeduralen Reduktion, welche ab und an exotische Blüten treibt. (9,9,450): *Der Verein gegen Tierfabriken ... Der ist ja sehr prozessfreudig und der hat ja einmal Flugblätter über die Post verteilen lassen wollen. Und da hat sich die Post geweigert, diese Flugblätter zu vertreiben per Post und nachher sind alle drei Instanzen, die erste Instanz, das Obergericht und das Bundesgericht zu dem Schluss gekommen, das sei ein Kontrahierungszwang für die Post, weil die Post sei Monopolanbieter (...) in diesem Bereich (...) (9,9,470): Dass es im Grunde genommen schon erstaunlich ist, dass durch alle drei Instanzen von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, welcher offensichtlich falsch ist, weil die Post hat in dem Bereich von solchen Flugblättern gar keine Monopolstellung.*

Die Fixierung der sozialen Realität in Akten bringt trotz gelegentlicher kontrafaktischer Festlegungen im Entscheidungsprozess zwei Vorteile:

Erstens muss sich die Entscheidung auf die bereits vorher fixierte Sachverhaltsdarstellung beziehen, das heißt, dass eine Neukonstruktion des Sachverhaltes im Hinblick auf eine opportune Entscheidung und damit eine mögliche interessengeleitete Manipulation durch die RichterIn oder den Richter erschwert wird. Zweitens wird dadurch der Entscheid überprüfbar und reproduzierbar, da der aktenmäßige Sachverhalt schlicht und ergreifend nachlesbar ist, was bei dem Alltagshandeln, welches die materielle Grundlage der juristischen Entscheidung bildet, nicht der Fall ist. Dem gleichen Prinzip folgt auch die qualitative Sozialforschung, wenn sie Gespräche mit Tonband aufzeichnet und dann transkribiert: Alle Interpretationen müssen durch das Datenmaterial des Transkriptes abgesichert sein, das Gespräch, welches die Grundlage für dieses Datenmaterial bildete, ist als solches im Interpretationsprozess nicht mehr relevant.

Ähnlich im juristischen Entscheidungsprozess: Nicht nur verschwindet das zu beurteilende soziale Handeln im geronnenen Aktenmaterial, sondern ebenso der Transformationsprozess vom ursprünglichen sozialen Handeln in das reproduzierte und im Verfahren beurteilbar gemachte Handeln. Dies kann jedoch in der juristischen Praxis eine systematische Verwechslung des Resultats des Transformationsprozesses mit dem ursprünglichen sozialen Handeln zur Folge haben. In der Sozialforschung oder

auch in der Psychologie hingegen sind – anders als in der Rechtswissenschaft – diese Transformationsprozesse und deren Standards und Modi als Methodenkanon und Methodologie in die Wissenschaft integriert. So sind die Transformationsprozesse und ihre Resultate der Reflexion sowie dem Diskurs unterworfen und dadurch legitimiert.⁹

Was den juristischen Entscheid letztlich legitimiert – abgesehen von den auf Macht und Herrschaft beruhenden Komponenten des Gerichtsentscheides – ist das Verfahren selbst, also die Legitimität des Verfahrens und erst in zweiter Linie die Gerechtigkeit des Entscheides, eines Entscheides über sich widersprechende Interessen, der in der Regel immer eine Partei unbefriedigt lässt.¹⁰ Auf diese Legitimierung durch Verfahren beziehen sich wichtige juristische Grundsätze wie etwa das rechtliche Gehör – *audiatur et altera pars* – oder die Ausstandsregeln – *ne in sua causa quis iudicet*¹¹.

Die Legitimität steht und fällt, sozialwissenschaftlich ausgedrückt, mit der Validität und Reliabilität der Transformation des „Geschehens“, des sozialen Handelns – sowohl in seiner Faktizität als auch in seiner Motivation, seinem Sinn – zu „in Akten geronnenen justiziablen Sachverhalten“.

Explizite Standards für die Protokollierung und die Beweiserhebung sind nicht vorhanden. Als „Goldstandard“ gilt jedoch die auf Tonträger fixierte und anschließend getreue, das heißt inklusive Pausen und unvollständigen Sätzen transkribierte Verschriftung, ähnlich wie sie auch in der qualitativen Sozialforschung Verwendung findet. (4,6,240): *Und dann gibt es die einen Kantone, die das nachher wortwörtlich transkribieren, wie Sie jetzt da.* Die Anwendung dieses Goldstandards wird aber allgemein aus Kostengründen abgelehnt. Bei Überbindung der Kosten an die Parteien ist dieses Argument in Hinblick auf den durch die individuelle ökonomische Potenz limitierten Zugang zum Recht überhaupt nicht von der Hand zu weisen. Bei den Befragten besteht Einigkeit darin, dass die inhaltsgetreue, sachbezogene Verschriftung für die Protokollierung einen Minimalstandard darstellt.¹²

Die Befragten fordern unisono den Ausschluss subsumptionsbezogener Interpretationen und Reformulierungen aus dem Sachverhaltsermittlungsprotokoll. Gleichzeitig

⁹ Vgl. auch die Unterscheidung „organisierter Konformismus“ in der Rechtswissenschaft und „organisierter Skeptizismus“ in der Naturwissenschaft (und der empirischen Soziologie als Naturwissenschaft im Sinne von Durkheim) von Dolder und Buser in diesem Band S. 193ff.

¹⁰ Dass Parteien nicht selten auf die konsequente Durchsetzung von Urteilen verzichten und sozialadäquate Lösungen im Interessenausgleich neben den Urteilen suchen und finden, hat die rechtsethnologische Forschung deutlich gezeigt (vgl. neben vielen Benda-Beckmann, 2007). Für die Justizbehörden hingegen ist der Fall in der Regel mit dem Urteil abgeschlossen.

¹¹ Codex Theodosianus, 2,2,0; fast gleichlautend CIC Vol. II, Codex Iustinianus, 3,5; 3,5,1.

¹² Das entspricht in etwa der Vorschrift von Art. 78 Abs. 3 CH-StPO: „Die Aussagen der Parteien, Zeuginnen, Zeugen, Auskunftspersonen und Sachverständigen werden laufend protokolliert.“ Darüber hinaus wird gefordert, dass nicht nur die Antworten, sondern auch die Fragen protokolliert werden sollen.

ist den Befragten bewusst, dass dies ein kaum erreichbares Ideal darstellt, da Untersuchungsrichter oder Instruktionsrichter zwangsläufig eine subsumierende Perspektive einnehmen, also in der Vernehmungssituation das möglicherweise zu fällende Urteil immer mitdenken. Der professionelle Standard des Ausschlusses subsumptiver Elemente ist nicht durch positivrechtliche prozessuale Bestimmungen abgestützt, sondern durch berufsethische Grundsätze. Er wird als anzustrebendes Ideal bezeichnet, dessen Einlösung allerdings praktisch kaum möglich ist. (9,4,170): ... *so wird automatisch der Fokus darauf gelegt und man protokolliert dann automatisch die Sachen, welche von Bedeutung sind, die der Gerichtsschreiber weiß, das sind die matchentscheidenden Tatbestandselemente, die sehr genau zu protokollieren und das Geschwafel, aus seiner Sicht, das Geschwafel ringsherum, da blendet er das Allermeiste aus. Ich denke da, Subsumtion wird im Rahmen von Protokollieren sicher auch vorgenommen, ja.*

Trotzdem leidet die Richterschaft nicht unter den nicht normierten und unterschiedlichen Protokollierungsstandards. Über mangelhafte Protokolle beklagen sich eigentlich nur Personen, die als Anwälte tätig sind und die Kritik betrifft vor allem den Bereich der Strafverfolgung. Die Judikative betrachtet Protokollierungen in Ermittlungsverfahren eher desinteressiert als nicht in ihr Fach fallendes soziales Handeln.

Was die asymmetrischen Verfahren, also in erster Linie strafrechtliche Untersuchungen angeht, formuliert die Anwaltschaft kritischere Positionen (19,4,180): *Also bei zivilrechtlichen Verfahren haben wir diese Probleme [scil. mit der Protokollierung] nicht, aber in Strafverfahren bei polizeilichen Verhören oder Protokollen der Bezirksanwälte oder Amtsstatthalter [scil. Untersuchungsrichter].*

Ein Mitarbeiter, der zufälligerweise während der Feldphase der Untersuchung als Zeuge polizeilich verhört wurde, wollte diese polizeiliche Vernehmung auf Tonband aufzeichnen, um ergänzendes Datenmaterial für die Studie zu gewinnen. Dies wurde aber vom Oberbefehlshaber der kommunalen Polizei und von der zuständigen Amtsstatthalterin (Untersuchungsrichterin) untersagt. Es ist als Hypothese zu formulieren, dass Strafverfolgungsbehörden ein gesetztes Untersuchungsziel (Überführung von Verdächtigen) immer höher werten als die Adäquanz und Nachvollziehbarkeit einer Sachverhaltsdarstellung.

Einen besonders hohen Protokollierungsstandard nehmen die an internationalen Arbitration-Verfahren beteiligten Professionals in Anspruch (13,2,90): *Also bei uns wird immer alles aufgezeichnet und schriftlich festgehalten ... Das können sich die Parteien leisten.* Dass es sich dabei um sehr gut finanzierte Verfahren und lukrative Aufträge handelt, sind sich die Quellen einig (17,5,210): *Wissen Sie, die Arbitration-Leute, das ist eine ganz eigene Welt ... da kommen Sie nicht einfach so rein.* Diese Einschätzung wird auch in neuesten Untersuchungen zur *global law class* geteilt (Dezalay, Yves/ Garth, Bryant, 2010, vgl. auch Koll in diesem Band, 142ff).

5. Interpretation der Ergebnisse und Schlüsse

Zwar wird beispielsweise die Zeugenbefragung durch eine befragende Person (Untersuchungsrichterin, Instruktionsrichter etc.) unter Beizug einer Protokollperson (Gerichtsschreiberin etc.) als wünschenswerter Minimalstandard benannt, doch wird dieser oft nicht erfüllt. Hingegen besteht bei den befragten forensisch tätigen Personen eine hohe Sensibilität gegenüber der Problematik der Transformation eines „fait social“ in einen justiziablen Sachverhalt. Es stellt sich die Frage, inwieweit die als Idealtypus geforderte Trennung der Sachverhaltsfeststellung von der richterlichen Subsumptionsleistung durchgeführt werden kann¹³ und welche Verfahrensweisen dies am ehesten gewährleisten.

In den narrativen Interviews wurde auch die Einschätzung der für die Entscheidung relevanten Bereiche durch die befragten Praktikerinnen und Praktiker fokussiert. Die Hierarchie der Entscheidungsrelevanz ergab sich eindeutig.

An erster Stelle der eingeschätzten Bedeutung steht „der Sachverhalt“, genauer die Sachverhaltsermittlung bzw. Sachverhalts(re)konstruktion, welche mit individuellen Standards unterfüttert wird. Typische Aussagen lauten: „Ich will den Zeugen sehen, um ihn einschätzen zu können, Protokolle reichen mir nicht“. Dies entspricht dem Unmittelbarkeitsprinzip, einer zentralen prozessualen Verfahrensmaxime.

In allen Interviews wurde das Alltagswissen der Richter und Richterinnen¹⁴ als zentrales Kriterium für die Entscheidungsfindung benannt, und zwar unabhängig von den Protokollierungsstandards. (17,6,340): *Ich habe auch schon mal einen Einzelrichter gehabt im Appenzellerland. ... Der hat den Fall einfach angeschaut und dann hat er entschieden, hat drei Sätze aufgeschrieben und fertig. Und der Fall war erledigt. Aber er hat ein gerechtes Urteil gefällt.*

An zweiter Stelle steht aber nun nicht etwa das materielle Recht, sondern die prozessualen Normen und die Gerichtsorganisation, welche beispielsweise die Zuweisung von Fällen an die einzelnen Kammern, die Bedeutung des Instruktionsverfahrens, die Zusammensetzung des Spruchkörpers, die gerichtsinternen nicht-positivrechtlichen Übungen und Ähnliches umfassen. Der hervorragenden Bedeutung der Gerichtsorganisation für die Entscheidungsfindung wird in der Schweiz in einer spezifischen Art und Weise Rechnung getragen: Die Richter und Richterinnen werden durch Wahlen bestimmt, die meistens einem Parteiproporz folgen.¹⁵

¹³ Hänni, in diesem Buch: 168f, bestreitet die Möglichkeit einer klaren Trennung von individuellem Werturteil und Subsumtion.

¹⁴ Im juristischen Kontext kann in diesem Zusammenhang von „Rechtsgefühl“ gesprochen werden (vgl. Meier 1986), „Alltagswissen“ impliziert darüber hinaus individuelles Wissen über die Alltagswelt (vgl. Garfinkel 2002), die nicht a priori einen Bezug zu Rechtsnormen hat.

¹⁵ Entsprechend folgen die Parteiaffiliationen der Juristinnen und Juristen auch den Verschiebungen der Wähleranteile der Parteien. Den massiven Wählergewinnen der rechtsbürgerlichen SVP auf Kosten der bürgerlichen Mitte in den letzten Jahren in der Schweiz folgten dann auch einige Parteieintritte von Juristinnen und Juristen insbesondere in Kantonen, in denen sich diese Partei vorher nicht zur Wahl gestellt hatte und deshalb Sitzgewinne und Stellen absehbar waren.

Erst an dritter Stelle erscheint das positive materielle Recht. Ihm wird gegenüber der Feststellung des Sachverhalts und den prozessualen Normen und Gegebenheiten die geringste Entscheidungsrelevanz zugemessen, selbst, wenn auch in geringerem Maße, bei den höheren Gerichten. Die Rechtswirklichkeitsforschung bringt also schlechte Kunde für die juristische Dogmatik: Die Bedeutung des materiellen Rechts wird sowohl in der universitären Lehre wie auch im alltagsweltlichen Denken über Recht und Justiz beträchtlich überschätzt, jedenfalls aus Sicht der Praktiker. Und es sind die Praktiker, welche die Entscheide vorbereiten und fällen und deren Legitimation mittels akzeptierter Verfahren sicher stellen. Wären die Richter und Anwälte allesamt Systemtheoretiker, würden sie die prozessualen Normen und Gegebenheiten als wichtigstes Element benennen. Sie halten aber diese gegenüber der Sachverhaltsermittlung, mithin der „Wahrheit“ des justiziablen Sachverhalts, für sekundär. Sie erweisen sich als weitgehend immun gegenüber relativistischen philosophischen und sozialwissenschaftlichen Positionen und damit, durchaus positiv gewertet, als „naive Realisten“ (vgl. Popper, 1973).

Es sind also nach Einschätzung der Praktiker nicht in erster Linie das materielle Recht und nur in zweiter Linie die Verfahrensnormen, welche den Entscheid bestimmen. Die befragten Richterinnen und Richter zeigten ein großes Vertrauen in die eigene Urteilstkraft. Das Vertrauen in die Eigenkompetenz, also das Alltagswissen der Richterschaft selbst, ist das zentrale Element für die gerichtliche Entscheidungsfindung. Neben dem professionellen Qualitätskriterium der Beständigkeit des Urteils in der Revision durch die nächste Instanz steht aber auch das Qualitätskriterium der Verständlichkeit (und zwar im nichtjuristischen Sinne, also nicht nur durch die Gesetzesnorm bestimmte, sondern alltagsweltliche) des Urteils für die Parteien. Selbstverständlich korreliert die Akzeptanz des Urteils durch die Parteien sehr stark mit der Appellationswahrscheinlichkeit. Das Datenmaterial lässt aber keinen zuverlässigen Schluss darüber zu, ob das Streben nach Akzeptanz in erster Linie durch das richterliche Bedürfnis nach Beständigkeit des Urteils bestimmt ist. Da auch höchstinstanzliche Richter Verständlichkeit als zentrales Qualitätskriterium benennen¹⁶, wäre die Kausalhypothese „Höhere Appellationsaversion führt zu größerem Verständlichkeitsbemühen“ eher abzulehnen. Verständlichkeit für den Laien ist aber eher nicht durch Dogmatik, sondern durch Sachverhaltsadäquanz zu erreichen. Womit das Primat der Qualität der Sachverhaltsermittlung gegenüber der anzuwendenden positiven Norm in der richterlichen Perzeption eine weitere Begründung erfährt.

Die Anwaltschaft stellt die Kraft des kontradiktorischen Verfahrens als Qualitätskriterium in den Vordergrund, häufig beklagt sie prozedurale Mängel und Unaufmerksamkeiten der Richterschaft. Standards für die Sachverhaltsermittlung werden entsprechend auch eher von der Anwaltschaft gefordert, die Richterschaft hingegen vertraut auf die jeweils bestehende Praxis.

¹⁶ So beispielsweise für viele Bundesrichter Hans Wiprächtiger, ehemaliger Präsident des Kassationshofes des Schweizer Bundesgerichts anlässlich des Kongresses „Wie wirkt Recht?“, Luzern, 2008.

Je geringer aber die Qualität der Konstruktion des „wahren“ justiziablen Sachverhalts, welche durch die Standards und Modi der Sachverhaltsermittlung bestimmt ist, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit des Durchschlagens von hegemonialem, gruppengebundenem Alltagswissen in der gerichtlichen Entscheidungsfindung. Deshalb ist eine wissenschaftlich begründete, standardisierte Normierung der Protokollführung mit dem Minimalstandard einer Tonbandaufzeichnung wünschenswert und könnte der Rechtssicherheit dienen.

Abschließend zur Überprüfung der Forschungshypothesen:

1) Mangelnde (fehlende) Standardisierung der Sachverhaltsermittlung wird von den Beteiligten nicht durchgehend (nicht mehrheitlich) als problematisch wahrgenommen.

Diese Hypothese konnte nicht falsifiziert werden. Fehlende Standardisierung wird allenfalls von der Anwaltschaft kritisiert.

2) Aus der Verwendung unterschiedlicher Modi ergibt sich kein Legitimitätsdefizit.

Diese Hypothese konnte nicht falsifiziert werden. Legitimität wird eher durch „Verständlichkeit“, „Nachvollziehbarkeit“ oder „Akzeptanz“ hergestellt und nicht durch den Modus der Sachverhaltsermittlung.

3) Sachverhaltsermittlung und positives Recht sind bei der Urteilsfindung gleichgewichtet.

Diese Hypothese konnte falsifiziert werden. Die Sachverhaltsermittlung ist nach Meinung der forensischen Praktiker und Praktikerinnen für das Urteil bedeutender als das positive Recht.

Literaturverzeichnis

Antonii Augustini Iurisconsulti Hispani (1544) *Emendationum & opinionum Libri IIII, una cum eiusdem ad Modestinum sive De Excusationibus libro singulari*. His maxima iuris civilis pars ex Florentinis Pandectis emendatur et declaratur; Item Laelii Taurelli Iurisconsulti Fanensis, *Ad Gallum et legem Velleam, Ad Catonem et Paulum, De militiis ex casu, ex Pandectarum Florentinarum exemplari; una cum locuplete rerum & verborum in hisce memorabilium Indice*, Basiliae.

Benda-Beckmann, Franz und Keebet von (2007) *Gesellschaftliche Wirkung von Recht. Rechtsethnologische Perspektiven*, Berlin.

Codex Theodosianus (2006) *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis* / ed. adsumpto apparatu P. Kruegeri, Th. Mommsen; Hildesheim.

Dezalay, Yves/ Garth, Bryant G (2010) Marketing and selling transnational “judges” and global “experts”: Building the credibility of (quasi)judicial regulation, erscheint in: Socio-Economic Review, 2010, Heft 1, Seitenzahl bei Drucklegung noch nicht festgelegt.

Dick, Bettina (1981) Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555, Köln.

Durkheim, Emile (1894) Les règles de la méthode sociologique, in: *Révue Philosophique*, Paris.

Estermann, Josef (1984) Strafgefangene. Selektive Sanktionierung, Definition abweichenden Verhaltens und Klassenjustiz, Frankfurt/M.

Estermann, Josef (1986) Kriminelle Karrieren von Gefängnisinsassen. Eine empirische Untersuchung, Frankfurt/M.

Garfinkel, Harold (2002) *Ethnomethodology's Program. Working Out Durkheim's Aphorism*, Maryland.

Hart, Herbert L.A (1951) The Ascription of Responsibilities and Rights, in: Flew (ed.) *Essays of Logic and Language*, Oxford, 145-167.

Meier, Christoph (1986) Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Schriftenreihe Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Bd. 59, Berlin.

Parsons, Talcott (1980) On the Relation of the Theorie of Action to Max Webers „Verstehende Soziologie“ in: Wolfgang Schluchter (Hg.) *Verhalten, Handeln und System. Talcott Parsons Beitrag zur Entwicklung der Sozialwissenschaften*, Frankfurt/M.

Popper, Karl R. (1973) *Objektive Erkenntnis. Ein evolutionärer Entwurf*, Hamburg (Orig. *Objective Knowledge*, Oxford 1972).

Sack, Fritz (1969) Probleme der Kriminalsoziologie, in: König (Hg.) *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Stuttgart, 2:961-1049.

Wittgenstein, Ludwig (1977) *Tractatus logico-philosophicus*, Frankfurt/M, 12. A.